Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

XIV.

Ueber die Bedeutung des Satzes: „Impossibilium nulla obligatio.“

Von Herrn Dr. Ude,
Assessor an der braunschweigischen Kreisdirektion Holzminden.

(Schluß der Abhandlung Nr. X. im 2. Hefte)

II. Subjective Unmöglichkeit.

Die subjective oder individuelle Unmöglichkeit (die fehlende facultas dandi) ist lediglich in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Beziehung zu dem Gegenstande der Obligation begründet. Der Grund derselben kann bei Verträgen, die auf individuell bestimmte Sachleistungen gerichtet sind, entweder darin liegen, daß dem Schuldner das zur Vornahme der Leistung nöthige Recht fehlt, oder auch darin, daß er nicht in demjenigen factischen Verhältnisse zur Sache steht, welches eine nothwendige Voraussetzung für die Erfüllung der Obligation ist; sie kann demnach gleich der objectiven Unmöglichkeit auf rechtlichen und physischen Hindernissen beruhen. Der wichtigste Grund einer solchen subjectiven rechtlichen Unmöglichkeit der Leistung ist bei denjenigen Leistungen, welche zu ihrer Vornahme ein Recht des Schuldners an der zu leistenden Sache voraussetzen und namentlich bei solchen, welche geradezu auf Uebertragung dinglicher Rechte an denselben gerichtet sind, die mangelnde rechtliche Herrschaft. Diese Art der Unmöglichkeit wird also namentlich bei der Veräußerung fremder, unserer Dispositionsbefugniß nicht unterworfener Sachen von Bedeutung. Das einer solchen Obligation entgegenstehende Recht eines Dritten kann allerdings unter Umständen den Erfolg haben, daß das dem Vertrage zum Grunde liegende Object auch der factischen Herrschaft der Paciscenten entzogen, also die Erfüllung vereitelt wird; das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß kann aber auch dadurch beseitigt werden, daß der Schuldner das ihm fehlende Recht an der Sache erwirbt, oder den Inhaber dieses Rechts zur Vornahme der versprochenen Leistung,

oder zur Genehmhaltung der über die Sache getroffenen Dispositionen veranlaßt. Der Natur der Sache nach läßt sich demnach solchen Verträgen über Sachen, die im fremden Eigenthume stehen, nicht ohne Weiteres alle Wirksamkeit absprechen; das Wesen der aus dem fehlenden Eigenthumrechte sich ergebenden subjectiven Unmöglichkeit kann vielmehr jenen natürlichen Gründen zufolge nur darin bestehen, daß sie sich

a) nur dann wirksam erweist, wenn das dem Vertrage entgegenstehende Recht eines Dritten zur Geltung gebracht und dadurch dem verpflichteten Schuldner auch die factische Herrschaft über die Sache entzogen wird, und daß
b) jenes Hinderniß nicht den ganzen obligatorischen Bestand, sondern nur den Modus der Erfüllung berührt.

Das dem Schuldner in Betreff der versprochenen Sache fehlende commercium kann demnach in Contractsverhältnissen eine eigentliche — das Zustandekommen eines gültigen Vertrags hindernde — Unmöglichkeit nicht begründen; jenes Verhältniß des Schuldners zur versprochenen Sache bleibt vielmehr auf den obligatorischen Bestand ohne Einfluß und kann nur bedingungsweise, wenn nämlich Entziehung der factischen Herrschaft damit verbunden ist, die Erfüllung der Obligation in tali et tanto ausschließen. Angedeutet wird dieser Satz in l. 11 § 2 D. de act. emt. et vend. 19, 1.

Et imprimis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere. Quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emtorem dominum; si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat.

Hier ist in Beziehung auf den Kaufcontract auf das Unzweideutigste gesagt, daß die Contractsverbindlichkeiten, auch wenn der Verkäufer als Nichteigenthümer zur Leistung der versprochenen Sache nicht im Stande sein sollte, auf beiden Seiten fortbestehen bleiben, daß sich indeß die Verbindlichkeiten des Verkäufers auf das Interesse wegen Nichterfüllung (auf Evictionsleistung) beschränken. Für gültig wird ein Kaufvertrag über fremde Sachen geradezu erklärt in l. 28 D. de contr. emt. 18, 1.

Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio

est, nam emtio est et venditio; sed res emtori auferri potest.[1])

In Beziehung auf Stipulationen wird in verschiedenen Stellen ganz allgemein der Satz ausgesprochen, daß dieselben auch über Sachen eingegangen werden können, die dem Versprechenden nicht gehören. L. 15 § 3 in f. D. de usurp. 41, 3:

— — concessum est stipulari rem, etiam quae promissoris non sit.

L. 34 D. de verb. oblig. 45, 1:

— — si quis promittat mihi rem cuius commercium non habet, ipsi nocere, non mihi.

Den Grund, weshalb eine solche subjective Behinderung, wie sie z. B. beim Versprechen einer res aliena anzunehmen ist, nicht in Anschlag kommen kann, gibt Venulejus in l. 137 § 4 D. de verb. oblig. 45, 1 folgendermaßen an:

— — Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur. — — — Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet.

In gleicher Weise wird jener Grundsatz rücksichtlich des Tauschvertrags, der Sachenmiethe, des Depositums, Commodats, Pfandvertrags, Precariums und Vermächtnisses ausdrücklich in den Quellen anerkannt[2]); ja ganze Lehren, wie die von der Evictionsleistung und Ersitzung sind wesentlich auf diesen Satz basirt und würden alle Bedeutung verlieren, wenn man den entgegengesetzten Grundsatz als Regel annehmen wollte.[3]) Aber

1) Gewiß nicht ohne Absicht hat der Jurist, um das Entstehen zweiseitiger Verpflichtungen anzudeuten, die Worte: „nam emtio est et venditio" gewählt. In anderen Fällen, wo bei unwirksamem Vertrage nur einseitige Verpflichtungen auf Seiten des Verkäufers entstehen, ist meistens nur von einer emtio die Rede. L. 4. 6. 34 § 2 D. de contr. emt. 18. 1.

2) L. 1 § 1 D. de rerum permut. 19. 4; l. 9. pr. l. 15 § 8 D. locati 19. 2; l. 39 § 7. l. 71 § 3 D. de leg. I (30); l. 49 § 3 D. de leg. II (31); l. 15 D. commodati 13. 6; l. 16 eodem; l. 22 § 2 D. de pignorat. act. 13. 7; l. 1 § 39 D. depositi 16, 3.

3) Wie Mommsen Beitr. z. Obl. R. I S 15 aus verschiedenen Quellenaussprüchen nachweist, hat jener Grundsatz auch indirect Anerkennung gefunden. Besonders wichtig ist der Umstand, daß die Quellen eine Befreiung

auch ganz abgesehen von dieser Bestimmtheit in den Quellen läßt sich bei den meisten Vertragsarten, z. B. beim Kaufcontracte, der nur aufs tradere und Gewährung des habere licere, sowie beim Pfandvertrage, dem Precarium, dem Commodat, Depositum und ähnlichen Verträgen, die nur auf Uebertragung des juristischen Besitzes oder der nuda detentio gerichtet sind, ein natürlicher Grund für die Annahme des Gegentheils nicht auffinden. Factische und rechtliche Herrschaft über eine Sache können, wie wir namentlich aus der Lehre vom Eigenthum und Besitz ersehen, unabhängig von einander bestehen, eine natürliche oder rechtliche Nothwenigkeit, daß beide Elemente stets in derselben Person vereinigt sein müssen, ist nicht vorhanden. Hieraus folgt, daß die factische Herrschaft über einen Gegenstand von der Person des Rechtsinhabers losgelöst und selbständig d. h. unabhängig von dem Rechte zum Gegenstande eines Rechtsverhältnisses gemacht werden kann. Das dem Dritten zustehende Recht kann nur unter Umständen einen hinreichenden Grund zur Wiedervereinigung jener beiden Elemente abgeben und insofern auf das Fortbestehen jenes factischen Verhältnisses von Einfluß sein. Für den Tauschcontract, der geradezu auf Eigenthumsübertragung gerichtet ist, und bei dem somit das Eigenthumsrecht eines Dritten mit dem vom Schuldner zu übertragenden gleichen Rechte geradezu collidirt, läßt sich ein solcher natürlicher Grund nicht anführen. Die Zulassung der Möglichkeit der Leistung bei Tauschverträgen über fremde Sachen beruht auf positiver Vorschrift und namentlich auf der Bestimmung, daß die Grundsätze von der Evictionsleistung auch bei der permutatio rerum zur Anwendung kommen sollen; und zwar nach römischem Rechte, sobald der Vertrag nur von der einen oder anderen Seite durch Eigenthumsübertragung erfüllt war, — nach heutigem Rechte, nach welchem jene Verträge schon als Consensualcontracte bindend und wirksam erscheinen, sofort mit erklärtem Consense. Ein solcher Vertrag über fremde Sachen oder Rechte an solchen ist

---

des Schuldners erst dann annehmen, wenn die Sache in den Händen des dritten Berechtigten untergegangen ist.

nicht allein, wie auch die Theorie und Praxis mit großer Uebereinstimmung anerkennen, gültig und wirksam, er erzeugt unter den Contrahenten auch ganz die gewöhnlichen Wirkungen. Hier, wo das Contractsverhältniß an und für sich als vollständig wirksam zu betrachten ist und dem durch die Nichterfüllung benachtheiligten Interessenten schon nach gemeinem Contractsrechte das id quod interest ersetzt werden muß, kann es nicht etwa darauf ankommen, ob der Schuldner beim Contractsabschlusse in dolo gewesen ist oder überhaupt nur von dem an der Sache bestehenden fremden Eigenthumsrechte Kenntniß gehabt hat; die Verpflichtung zur Leistung des Interesses ist hier, wie bei jedem andern rechtsbeständigen Vertrage, nothwendige Folge der Nichterfüllung und lediglich nach den für letztere in Betracht kommenden thatsächlichen Momenten zu bemessen.[4]) Eine Ausnahme von jener Regel bildet nach l. 34 § 3 D. de contr. emt. 18, 1 der Verkauf einer res furtiva. Wie schon früher erwähnt wurde, wird nämlich in dieser Stelle entschieden, daß, wenn beide Contrahenten die Furtivität der Sache kannten, auf keiner Seite eine obligatorische Verbindlichkeit entstehen solle;[5]) daß, wenn nur der Käufer mit jenem vitium der Sache bekannt gewesen, der Verkäufer zur Lieferung der verkauften Sache nicht verpflichtet, aber auch seinerseits zur Geltendmachung der ihm vertragsmäßig zugesicherten Rechte nur im Falle freiwilliger Erfüllung der ihm obliegenden Vertrags-

4) Uebrigens können die Verbindlichkeiten des Schuldners durch einen bei dem Contractsabschlusse concurrirenden dolus desselben gesteigert werden. So gibt z. B. die l. 30 § 1 D. de act. emt. vend. 19. 1 für den Fall, daß der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache verkauft haben sollte, noch vor deren Eviction eine actio ex emto utilis und zwar auf das quanti mea intersit, meam (rem) factam. Der jenem Klageanspruche mit zum Grunde liegende dolus hat hier ausnahmsweise die Folge, daß das Interesse wegen Nichterfüllung schon vor der erfolgten Eviction der Sache geltend gemacht werden kann. Auch wird das Wissen des Gläubigers hier ähnlich wie bei Verträgen über res extra commercium insofern berücksichtigt, als es dem Schuldner regelmäßig eine exceptio doli gegen die auf Erfüllung oder Entschädigung gerichtete Klage gewährt. L. 27 C. de evict. 8. 45.

5) Die gegentheilige Meinung Glück's Pandect. Comm. XVI S 35 läßt sich jener klaren Gesetzesstelle gegenüber schwerlich rechtfertigen.

verbindlichkeiten berechtigt sein solle; und daß endlich, wenn nur der Verkäufer mit jener Eigenschaft der Sache bekannt gewesen, auf beiden Seiten Contractsverbindlichkeiten erwachsen sollen. Als Grund für diese Ausnahmsbestimmung wird von Donell comm. iur. civ. XII, 20 § ult. sehr treffend angeführt:

quod si scitur, has res esse furtivas, iis qui sciunt turpis et flagitiosa venditio est, qui aut dando aut accipiendo furti se alligant: —

und ferner:

quod rerum furtivarum conditio pugnat cum fine et natura emtionis.

Dafür, daß es besonders in dem ersteren Falle, wenn beide Theile von der Furtivität der Sache Kenntniß gehabt, auf Bestrafung der beiderseitigen turpitudo abgesehen ist, spricht gewissermaßen auch die Analogie der l. 57 i. f. eod.

et judicio, quod ex bona fide descendit, dolo ex utraque parte veniente, venditionem stare non concedente.

Dieser Rechtsgrund macht es aber bedenklich, in dem gedachten Falle der Ungültigkeit des Vertrags eine eigentliche Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen; angemessener erscheint die von Donell angedeutete Auffassung, wonach derartige Dispositionen über gestohlene Sachen den Verträgen über unerlaubte oder verbotene Handlungen an die Seite zu stellen sind.

Schon nach allgemeinen Interpretationsregeln können übrigens die singulären Bestimmungen der l. 34 § 3 cit. auf den in dieser Stelle übergangenen Fall, daß keiner von beiden Theilen um die Furtivität der Sache gewußt hat, nicht ausgedehnt werden; in diesem Falle muß vielmehr in Gemäßheit der obigen allgemeinen Regel Gültigkeit des Vertrags angenommen werden.[6])

6) Ein genügender Grund, die Vorschriften des citirten Fragments auf das Kaufgeschäft zu beschränken, ist nicht vorhanden; sie müssen deßhalb auch auf andere Veräußerungsgeschäfte Anwendung finden, können indeß nicht, wie solches z. B. von Thibaut Pand. § 158 ff. geschieht, generalisirt und auf alle Fälle des Verkaufs einer res aliena ausgedehnt werden.

Das der subjectiven Unmöglichkeit zum Grunde liegende Hinderniß kann aber auch rein factischer Natur sein m. a. W. in der Entziehung der factischen Herrschaft über die Sache seinen Grund haben, z. B. wenn die Sache bereits zur Zeit des Contractabschlusses gestohlen oder geraubt war. Ueber die Frage, ob derartige Hindernisse eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung begründen und also Nichtigkeit des Vertrags zur Folge haben, oder ob dieselben die Gültigkeit eines Vertrags an und für sich nicht ausschließen und vielleicht nur eine Einschränkung des obligatorischen Bestandes nach sich ziehen, sprechen sich die Quellen nicht mit genügender Bestimmtheit aus. Die l. 137 § 4 i. f. und § 5 D. de verb. oblig. 45, 1:

— — Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici, eum quoque dare non posse qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit. — Si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, quum alii possibile sit, jure factam obligationem, Sabinus scribit.

ist hier nicht von entscheidendem Gewichte, indem sie nur den Satz statuirt, daß ein Vertrag über fremde Sachen, selbst wenn der Schuldner keine Aussicht auf deren Erlangung habe, nicht ohne Weiteres als ungültig betrachtet werden könne. Ueber den eigentlichen Rechtsgehalt eines solchen Vertrags und die Gewichtigkeit der dabei in Frage stehenden factischen Hindernisse läßt sich jene zunächst nur von Stipulationen handelnde Stelle nicht weiter aus. — Man citirt ferner für die Gültigkeit solcher Verträge verschiedene Stellen: l. 9, 108 D. de leg. I (30), welche das Vermächtniß eines auf der Flucht befindlichen oder in feindliche Gefangenschaft gerathenen Sclaven für gültig erklären; allein von Vermächtnissen und allen andern letztwilligen Verfügungen, die als causae favorabiles thunlichst aufrecht erhalten werden sollen, gelten singuläre Grundsätze, die schon an und für sich nicht zur Consequenz gezogen und am wenigsten auf zweiseitige Rechtsgeschäfte übertragen werden können. Die l. 21 D. de hered. vend. 18, 4:

Quid si rem, quam vendidi, alio possidente petii, et

litis aestimationem accepi? utrum pretium illi debeo, an rem? Utique rem: non enim actionem ei, sed rem praestare debeo. Sed si vi dejectus, vel propter furti actionem duplum abstulero, nihil hoc ad emtorem pertinebit. — —

erkennt allerdings an, daß der Verkäufer, selbst wenn ihm der Besitz der verkauften Sache gewaltsam entzogen sei, nach wie vor verpflichtet bleibe und sich nicht durch Leistung der von ihm etwa erstrittenen litis aestimatio von seiner ursprünglichen Verbindlichkeit liberiren könne; die Stelle läßt jedoch noch Zweifel darüber, ob in dem concreten Falle jenes Ereigniß der Besitzentziehung schon vor eingegangenem Vertrage eingetreten war, und ob dasselbe nicht etwa in einem Verschulden des Verkäufers seinen Grund gehabt hatte.[7]) Enthalten nun auch die allegirten leges keine specielle Entscheidung der vorliegenden Frage, so geben sie doch die allgemeinen Gesichtspunkte, von welchen aus dieselbe zu beurtheilen und zu lösen ist, auf unzweideutige Weise an, indem sie die in der Natur der Handlung selbst liegende Unmöglichkeit (impedimentum naturale) von bloß subjectiven Schwierigkeiten in der Erfüllung (difficultas in praestando) scheiden und den letzteren alle Bedeutung absprechen. Nach den Worten der l. 137 § 4 D. de verb. oblig. 45, 1:

Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum, quae promittuntur. — — Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet; — —

sollen rein subjective Beziehungen des Schuldners zu dem Vertragsobjecte den Verhinderungen rein sachlicher Natur an Bedeutung nachstehen. Schon aus den in den Quellen hervorgehobenen obigen Gegensätzen möchte mit einiger Sicherheit zu folgern sein, daß rein subjective Hindernisse der gedachten Art, die durch Diebstahl, Raub ꝛc. herbeigeführte difficultas in

7) Für jede dieser beiden Annahmen streiten namhafte Autoritäten. Ihering, Abhandlungen, S. 32 ff. 35 ff. Hasse, Culpa, S. 311 ff. Mommsen a. a. O. S. 223 ff.

praestando, eine eigenliche Unmöglichkeit der Leistung nicht zu begründen vermag. Ein ähnlicher Entscheidungsgrund findet sich in l. 55 D. de act. emt. 19, 1 in Beziehung auf die Erbeutung durch den Feind ausgesprochen:

— — potius enim difficultatem in praestando eo inesse, quam in natura, — —

Greifen wir nun, von jenen Gesetzesstellen ausgehend und dieselben zur Basis für unsere Betrachtung annehmend, auf analoge Fälle zurück, so bieten uns namentlich Verträge über solche Leistungen, deren Existenz mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit erwartet werden darf, einen sichern Anhaltspunkt. Verträge über res futurae werden, wie wir früher gesehen haben, für gültig erklärt, und zwar aus dem Grunde, weil die zum Existentwerden erforderliche Zeit kraft stillschweigender Voraussetzung als einbedungen zu betrachten ist: tempus tacite in ea (stipulatione) continetur. In gleicher Weise soll das in Rom gegebene Versprechen, einen bestimmten Gegenstand in Carthago leisten zu wollen, weil die zur Beschaffung der Leistung erforderliche Zeit stillschweigend mit einbedungen gelte, gültig sein; mit dem Zusatz „hodie" soll aber jenes Versprechen, weil es gerade in einem wesentlichen Punkte seines Inhalts (der Zeit) auf unüberwindliche Hindernisse stoße, keine Geltung haben. Aehnliche Nebenumstände wie die Zeit sind es, welche der Leistung einer uns gestohlenen oder geraubten Sache entgegenstehen. Nur die Schwierigkeiten in der Wiederherbeischaffung einer gestohlenen oder geraubten Sache, und die dazu erforderliche Zeit sind in Beziehung auf die Frage von der Möglichkeit allein maßgebend; denn ein impedimentum naturale, ein das Vertragsobject selbst betreffendes Hinderniß kommt in solchen Fällen nicht in Frage. Sind nun jene Schwierigkeiten in der Wiederherbeischaffung einer gestohlenen Sache und die dazu erforderliche Zeit mit einbedungen, — was, wenn beide Theile mit dem Sachverhältnisse bekannt gewesen sind, im Zweifel angenommen werden muß, — so wird man ein solches dem angegebenen Inhalte nach als möglich zu betrachtendes Geschäft für gültig erklären müssen. Hierher gehört z. B. der Fall, wenn der A von mir eine goldene Uhr kauft, die der-

ſelbe einige Zeit vorher bei mir geſehen hat, die mir aber inzwiſchen geſtohlen und bereits, wie ich aus den Zeitungen erſehen habe, an einem entlegenen Orte ſammt dem Diebe als verdächtig angehalten worden iſt. Iſt der A mit dieſem Sachverhältniſſe bekannt geweſen, ſo hat er ſich auch ſtillſchweigend damit einverſtanden erklärt, daß die Wirkſamkeit der Obligation bis zu der mit Wahrſcheinlichkeit zu erwartenden Herbeiſchaffung der Sache hinausgeſchoben bleibe. Umgekehrt würde, wie in dem oben angeführten Beiſpiele, die Abrede ſofortiger Lieferung den der Zeit nach unmöglichen Vertrag ungültig machen. Die ſubjective Unmöglichkeit kann aber der durch den Untergang der Sache herbeigeführten objectiven Unmöglichkeit in einzelnen Fällen ſehr nahe kommen, wie z. B., wenn mir eine Sache bei Gelegenheit einer Reiſe geſtohlen worden iſt, und ich vielleicht nicht einmal Ort und Zeit des Verluſtes mehr angeben kann, mir alſo jede Spur von der Sache verloren gegangen iſt. Auch hier iſt die Obligation an und für ſich als gültig zu betrachten, wenn beide Theile beim Contractsabſchluſſe jene thatſächlichen Verhältniſſe gekannt haben; ſie haben ſtillſchweigend eingewilligt, daß die Wirkſamkeit der Obligation bis dahin hinausgeſchoben ſein ſolle, daß etwa die Herbeiſchaffung der Sache ermöglicht ſein werde. Die Klage auf Erfüllung iſt in ſolchem Falle ſchon von Richteramtswegen vor der erfolgten Wiederherbeiſchaffung der Sache nicht zuzulaſſen. Die l. 55 D. de act. emt. 19, 1, welche den Verkauf eines in Feindesgewalt gerathenen Sclaven für gültig erklärt, bemerkt in jener Beziehung:

— etiamsi officio judicis sustinenda esset ejus praestatio, donec praestari possit.

Die Geltendmachung der obligatoriſchen Anſprüche iſt gewiſſermaßen wie durch eine ſtillſchweigend beigefügte Bedingung ſuſpendirt, ſo daß hier auch die Beſtimmung der auf res futurae ſich beziehenden l. 73 pr. D. de verb. oblig. 45, 1:

— tunc enim incipit actio, quum ea per rerum naturam praestari potest. —

und l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1:

Pro quo et illud dici posse, Pedius scribit: si stipu-

latus fuero ex fundo centum amphoras vini, exspectare debeam, donec nascatur, et si natum sine culpa promissoris consumtum sit, rursus exspectare debeam, donec iterum nascatur et dari possit, et per has vices aut cessaturam, aut valituram stipulationem.

analog zur Anwendung gebracht werden können; es erscheint dies um so unbedenklicher, als die Ungewißheit, ob die Herbeischaffung des gestohlenen Vertragsobjects dem verpflichteten Schuldner möglich sein werde, in dem aufgeworfenen Falle intensiv stärker ist, als in den aus den Quellen angeführten obigen Beispielen.

Eben jene Annahme, daß Zeit und Ungewißheit in der Herbeischaffung stillschweigend mit einbedungen gelten, ist auch dann gerechtfertigt, wenn nur der Gläubiger, nicht aber auch in dem Falle, wenn nur der Schuldner um das der Erfüllung entgegenstehende Hinderniß gewußt hat. Hier, wo die bei der Erfüllung vorzugsweise betheiligte Person mit dem wahren Sachverhältnisse unbekannt geblieben ist, kann ein stillschweigender Consens, daß die Erfüllung bis zur Beseitigung jener Hindernisse hinausgeschoben werden solle, nicht angenommen werden; es muß hier vielmehr in Ermangelung einer entgegenstehenden Vertragsnorm die allgemeine Regel „Quod sine die debetur, statim debetur" zur Anwendung kommen, und demnach, da die Leistung in wesentlichen Theilen ihres Inhalts (der Zeit) unmöglich erscheint, Nichtigkeit des ganzen Vertrags angenommen werden. Daß schon eine solche Bekanntschaft des Schuldners an und für sich hinreichend ist, gegen denselben einen Anspruch auf Schadensersatz zu begründen, ergibt sich aus den bereits bei Besprechung der objectiven Unmöglichkeit dargelegten Gründen.

Die subjectiven Hindernisse können aber auch in dem Verhältnisse des Gläubigers zu dem zu leistenden Gegenstande ihren Grund haben. Hier ist es vorzüglich die subjective rechtliche Unmöglichkeit, die im Verhältnisse zu der fehlenden facultas dandi einer abweichenden rechtlichen Beurtheilung unterliegt. Diese Art der Unmöglichkeit kann darin begründet sein, daß

dem Gläubiger in Ansehung eines ihm zu versprechenden Gegenstandes die Erwerbsfähigkeit (das commercium) fehlt, oder daß er dasjenige Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, bereits in seiner Person vereinigt. Die mangelnde Fähigkeit des Gläubigers, den ihm versprochenen Gegenstand erwerben zu können, begründet bei individuell bestimmten Sachenleistungen eine eigentliche Unmöglichkeit und schließt deßhalb das Zustandekommen eines gültigen Vertrags aus. § 2 I. de inut. stipul.; l. 34 D. de verb. oblig. 45, 1:

— — Si stipuler rem, cujus commercium non habeo, inutilem esse stipulationem. —

Jener Satz ergibt sich zwar aus Stellen, welche ausschließlich von Stipulationen handeln, er muß indeß, da er nicht in der eigenthümlichen Natur dieser Contractsform begründet ist, eine allgemeine Anwendung finden. Ein Beispiel solcher Art relativer Unmöglichkeit enthält die Const. unica C. ne christianum mancipium haereticus, vel judaeus, vel paganus habeat, vel possideat, vel circumcidat 1, 10, wonach Juden, Ketzern und Heiden der Erwerb christlicher Sclaven untersagt wird.[8]) Hierher würde auch z. B. der Fall gehören, wenn Landesgesetze bestimmen, daß der Eigenthümer eines Bauergutes ein anderes Gut dieser Art ohne specielle landesherrliche Genehmigung nicht soll erwerben können. Wo derartigen Vorschriften, wie solches unter andern im Herzogthum Braunschweig der Fall ist, ein die Conservirung der Bauergüter und deren gedeihliches Fortbestehen bezweckendes landespolizeiliches Interesse zum Grunde liegt, ist unzweifelhaft nach der oben gegebenen Regel Nichtigkeit des Vertrags anzunehmen. Der Grund für die strengere Beurtheilung dieses Falles der subjectiven Unmöglichkeit liegt wohl vorzugsweise darin, daß derartige specielle Verbote mehr darauf berechnet sein werden, die Wirkungen eines dagegen eingegangenen Vertrags, also die Erfüllung und deren Folgen,

8) Donell. comment. XII, 20 § 5 Fernere Beispiele: Veräußerungen an die todte Hand, Veräußerungen von Rittergütern an Personen bürgerlichen Standes, wo solche durch Landesgesetze untersagt sind.

als den an und für sich bedeutungslosen Vertragsabschluß selbst auszuschließen.[9])

Der zweite Fall einer subjectiven rechtlichen Unmöglichkeit in Hinsicht auf die Person des Gläubigers ist, wie schon bemerkt, dann anzunehmen, wenn demselben dasjenige Recht, auf dessen Uebertragung die Obligation gerichtet ist, bereits zusteht. Dabei macht es keinen Unterschied, ob dem Gläubiger ein derartiges Recht in seinem ganzen Umfange übertragen werden soll (Uebertragung des Eigenthums an einer dem Gläubiger eigenthümlich zugehörigen Sache), oder ob der Uebertragungsact nur auf einzelne, in jenem Rechte des Gläubigers schon an und für sich enthaltene Bestandtheile (Uebertragung des habere licere oder des ususfructus an einer dem Gläubiger pleno jure gehörenden Sache) gerichtet ist; auch ist es gleichgültig, ob ein solches Recht an und für sich, oder nur dessen periodische Ausübung oder der aus demselben herzuleitende juristische oder natürliche Besitz Gegenstand der Uebertragung ist (z. B. Miethe, depositum, pignus, commodatum, precarium an einer eigenen Sache). Entscheidend ist vielmehr nur die Identität des dem Gläubiger bereits zustehenden mit dem ihm erst zu übertragenden Rechte. Eine solche Identität des Inhalts liegt aber nicht vor, wenn einzelne in dem Rechte des Gläubigers enthaltene Bestandtheile, welche in Folge eines bestehenden Rechtsverhältnisses einem Dritten übertragen waren und sich in der Person des letzteren zu einem besonderen dinglichen oder persönlichen Rechte gestaltet haben, an den Inhaber des Rechts im Ganzen zurückgegeben werden sollen, wie solches z. B. bei der vorzeitigen freiwilligen Rückgabe einer verpfändeten oder verliehenen, einer dem ususfructus unterworfenen Sache und beim Aufgeben anderer Servituten und Berechtigungen der Fall ist. In allen diesen Fällen ist das dem Dritten eingeräumte dingliche oder persönliche Recht als ein besonderes,

9) Derselbe Grundsatz kömmt zur Anwendung, wenn die Leistung einer Prädialservitut für ein Grundstück versprochen ist, welches dem Gläubiger nicht gehört. L. 98 pr. D. de verb. oblig. 45 1. Fragm. Vat. § 56. Ueber die Anwendung des Satzes auf Obligationen, welche in einem Thun bestehen vgl. Mommsen a. a. O. Cap. I § 10 S. 96 ff.

von der Totalität des Eigenthums zeitweilig abgetrenntes Recht zu denken, welches, so lange dasselbe die Natur eines solchen selbständigen Rechts behauptet, auch im Verhältnisse zum vollen Eigenthümer Gegenstand eines Vertragsverhältnisses werden kann.

Liegt nun eine Identität des Inhalts in Beziehung auf das dem Gläubiger bereits zustehende und das demselben erst zu übertragende Recht wirklich vor, so muß die darauf bezügliche Leistung, wie solches auch in den Quellen ausdrücklich anerkannt wird,[10]) als unmöglich betrachtet werden. Dieser Satz, auf welchem z. B. auch der Untergang dinglicher Rechte durch Consolidation und Confusion beruhet, und aus welchem sich auch die in Beziehung auf den Servitutenerwerb geltende Regel „nemini res sua servit“ ergibt, beruht auf einer gewissen natürlichen Nothwendigkeit, indem wir Sachen oder Rechte, die bereits unserer rechtlichen Herrschaft unterworfen sind, beziehungsweise uns bereits zustehen, nicht nochmals auf wirksame Weise erlangen können. Auch tritt der fernere Grund hinzu, daß derartige Verträge für den Gläubiger in der Regel keinen Vermögenswerth haben können, es dem obligatorischen Verhältnisse mithin an einem wesentlichen Erfordernisse seines Inhalts — dem Interesse — fehlt. Dieser Grund ist so durchgreifend und von so vorwiegender Bedeutung, daß Verträge über eigene Sachen, sobald mit denselben nur irgend ein noch so geringes Vermögensinteresse für den Gläubiger verknüpft ist, sei es auch nur die Erlangung eines vortheilhafteren Klagerechts oder die Sicherung des Fortbestehens seines Eigenthumsrechts — z. B. wenn ein revocabeles oder wegen einer drohenden in integrum restitutio unsicheres und zweifelhaftes Recht durch neuen Vertrag bestärkt werden soll — volle Geltung haben.

Aus dem Obigen und auch schon aus den Grundsätzen über unmögliche Bedingungen und deren Einfluß auf das Rechtsgeschäft ergibt sich übrigens, daß auch das Versprechen einer Sache unter der Bedingung, daß sie dem Gläubiger gehörig

10) Gajus III § 99. § 2. I. de inut. stip. 3 19. § 14. I. de action. 4. 6. l. 1 § 10 D. de oblig. et act. 44. 7. l. 45 pr. D. de div. reg. jur. 50. 17. l. 4. 10 C. de contr. emt. 4. 38. l. 20 C. de locato 4. 65. l. 21 D. de usurp. 41. 3. l. 31 § 11 f. D. depositi. 16. 3. u. a.

sein werde, ungültig sein muß; auch folgt aus allgemeinen Rechtssätzen über die Perfection bei bedingten Geschäften, daß eine dem Gläubiger für jetzt gehörige Sache unter der Bedingung, daß sie ihm nicht mehr gehören werde, gültig versprochen werden kann: l. 98 pr. D. de verb. oblig. 45, 1. Uebrigens sind Verträge jenes Inhalts, wie solches wohl in ähnlichen Fällen geschieht, nicht in der Weise zu interpretiren, daß diese Bedingung des Möglichwerdens, als in der Absicht der Contrahenten liegend, stillschweigend vermuthet wird: l. 72 § 4 D. de solut. 46, 3.

Bei Verträgen über eigene Sachen ist die Nichtigkeit des Vertrags allgemein und ohne Rücksicht auf desfallsige Kenntniß oder Unkenntniß der Parteien anzunehmen, auch wird die einseitige Kenntniß des Schuldners, obwohl sie dem letzteren wie in andern ähnlichen Fällen als dolus angerechnet werden müßte, nicht leicht eine Verpflichtung zum Schadensersatze zur Folge haben können, weil es dem Gläubiger, dem das ungültig bedungene Recht bereits aus einem andern Grunde gesichert bleibt, meistens an einem zureichenden Interesse fehlen wird.

Als Quelle einer subjectiven rechtlichen Unmöglichkeit werden an dieser Stelle auch gewöhnlich die Veräußerungsverbote in Bezug genommen. Ob derartige Verbote, abweichend von der früher behandelten allgemeinen Regel, eine wahre Unmöglichkeit der Leistung zu begründen vermögen, kann nur in Ansehung der gesetzlichen Veräußerungsverbote mit Grund in Frage gestellt werden. Denn gründet sich das Verbot auf eine letztwillige Verfügung, so kann von der Nichtigkeit der dennoch vorgenommenen Veräußerung nur dann die Rede sein, wenn in dem Veräußerungsverbote zugleich die Anordnung eines Vermächtnisses enthalten ist. In diesem Falle coincidirt aber mit dem testamentarischen zugleich ein gesetzliches Verbot. Wäre dagegen das Veräußerungsverbot in Niemandes ersichtlichem Interesse, so ist dasselbe als nudum praeceptum gar nicht zu beachten. Ein pactum de non alienanda re, dessen Verbindlichkeit für den Fall eines nachweisbaren Interesses erst seit Justinian's Zeit allgemein anerkannt wurde, begründet unter den Contrahenten bloß persönliche Ansprüche und gibt dem Be-

rechtigten unter Umständen eine Klage auf das Interesse oder eine Conventionalstrafe. Ist das Veräußerungsverbot noch durch die Abrede, daß die betreffende Sache im Falle einer verbotwidrigen Veräußerung an den Geber zurückfallen solle, bestärkt, so ist letztere ebenfalls ohne allen Effect, jedoch nicht etwa wegen einer hier anzunehmenden Unmöglichkeit der Leistung, sondern lediglich in Folge der bedungenen Revocabilität. Da demnach die gegen ein testamentarisches oder vertragsmäßiges Verbot vorgenommenen Veräußerungen, abgesehen von den obigen, auf andern Gründen beruhenden Ausnahmsfällen, als gültig zu betrachten sind, so können jene Arten der Veräußerungsverbote als völlig bedeutungslos für die aufgeworfene Frage hier ganz bei Seite gelassen werden. Aber auch die gesetzlichen und richterlichen Veräußerungsverbote, welchen ersteren abgesehen von den als Antiquität zu betrachtenden Fällen der l. 2 C. de eunuchis 4, 42 und des T. C. de praed. decur. 10, 33 vorzugsweise die res litigiosae, das s. g. peculium adventitium regulare, der fundus dotalis und das Mündelgut unterworfen sind, vermögen eine eigentliche Unmöglichkeit der Leistung nicht zu begründen. Ungeachtet der in diesen Fällen anzunehmenden Nichtigkeit der Veräußerung bleibt doch das derselben vorausgehende Geschäft, Verkauf, Schenkung ꝛc., sofern nur der Erwerber die Unveräußerlichkeit der Sache nicht kannte, bindend und wirksam, obgleich freilich die Contractsklage nicht auf Uebertragung der Sache, wohl aber auf Prästation des Interesses, Evictionsleistung u. dgl. angestellt werden kann.[11]) Auch sind die Hindernisse, welche derartige Veräußerungsverbote dem Eigenthumsübergange entgegenstellen, nicht gerade unüberwindlich und von der Bedeutung eines impedimentum naturale. Die Veräußerung einer res litigiosa, die überdem nicht in Beziehung auf alle Rechtsgeschäfte verboten ist (l. ult. i. f. C. de litig. 8, 36), kann z. B. da-

11) L. 4. 6 pr. l. 34 § 2. l. 62 § 1. l. 70 D. de contr. emt. 18. 1. l. 39 § 3 D. de evict. 21. 2. l. 5 § 5 de reb. eor., qui sub tut. 27. 9. l. 96 de praed. min. 5. 71. l. 4 C. de litig. 8. 37. Nov. 7. c. 5. Brandis in der Gießener Zeitschr. VII S. 181 ff. v. Vangerow, Pand. I. § 299.

durch Gültigkeit erhalten, daß der Veräußerer zu derselben die Einwilligung seines Proceßgegners einholt. Der fundus dotalis, dessen Veräußerung erst von Justinian schlechthin untersagt ist, kann insofern wirksam veräußert werden, als der Ehemann das Grundstück tradiren und für die Dauer der Ehe auch das habere licere gewährleisten kann. Erst mit der Auflösung der Ehe kann, falls nicht etwa die Veräußerung convalescirt, eine Aenderung in jenen Verhältnissen eintreten. Das der Veräußerung entgegenstehende Hinderniß besteht hier, wie bei Verträgen über fremde Sachen, in dem die Wirksamkeit des Vertrags gefährdenden Vindicationsrechte eines Dritten, und beide Arten von Verträgen sind insofern gültig und wirksam, als daraus ein Anspruch auf Prästation des Interesses, Evictionsleistung u. dgl. hergeleitet werden kann; es liegt deshalb sehr nahe, bei verbotwidrigen Veräußerungen der gedachten Art, gleichwie bei Verträgen über fremde Sachen, nur eine difficultas in praestando anzunehmen. Von noch geringerer Bedeutung sind die auf das Pupillen- und Adventizgut sich beziehenden Veräußerungsverbote, indem sich verschiedene Mittel und Wege bieten, deren Wirksamkeit außer Kraft zu setzen.[12]) Ueberdem erscheint es schon an und für sich bedenklich, die Nichtigkeit solcher Veräußerungen und die geschwächte Wirkung der darauf sich beziehenden Verträge lediglich einer hier anzunehmenden Unmöglichkeit der Leistung zuzuschreiben, besonders da sich die gedachten Wirkungen der Veräußerungsverbote auch aus andern Gründen erklären lassen. Der Rechtsgrund, auf welchem die gesetzlichen Veräußerungsverbote beruhen, scheint wenigstens der Annahme einer solchen Unmöglichkeit der Leistung geradezu entgegen zu stehen: Im Verhältnisse zu dem Berech-

12) Die Veräußerung von Pupillengut ist nicht absolut ungültig, sondern nur, wenn dieselbe ohne obrigkeitliches Veräußerungsdecret erfolgt. Das letztere kann dadurch umgangen werden, daß der Minderjährige die Veräußerung durch Eid bestärkt, oder nach erreichter Volljährigkeit ratihabirt, oder nach diesem Zeitpuncte 5 Jahre verstreichen läßt, ohne die Veräußerung anzufechten. — Adventizgüter können mit Einwilligung des handlungsfähigen Hauskindes und in einigen andern gesetzlich bestimmten Ausnahmsfällen gültig vom Vater veräußert werden.

tigten ist die Veräußerung utilitatis publicae causa untersagt, um jenen die durch individuelle Verhältnisse gefährdete Rechtsverfolgung zu sichern (res litigiosa), oder um besonders begünstigten Rechtsverhältnissen (dos, peculium adventitium, Pupillengut) einen außerordentlichen Rechtsschutz zu verleihen. So sagt z. B. die l. 2 D. de jure dotium 23, 3 in Beziehung auf die dos:

— — rei publicae interest, mulieres dotes suas salvas habere.

Die gedachten Veräußerungsverbote haben demnach die Bedeutung eines dem betreffenden Rechtsverhältnisse zustehenden jus singulare, welches, wie z. B. auch das in eben jenen Fällen gegebene gesetzliche Pfandrecht, lediglich auf die Conservirung von Vermögensmassen besonders bevorzugter Classen von Personen abzweckt. Die Erhaltung dieser Vermögensmassen ist utilitatis publicae causa und im Interesse der gedachten hülfsbedürftigen Classen von Personen zu einer besondern Rechtspflicht gemacht und die Verletzung dieser Rechtspflicht in den erwähnten Fällen mit besonderen Rechtsnachtheilen bedroht. Die der Veräußerung von Vermögensstücken der gedachten Art angedrohte Nichtigkeit derselben hat demnach für den Veräußerer lediglich die Bedeutung eines in Folge seines widerrechtlichen Handelns eintretenden Rechtsnachtheils, für den Berechtigten aber den Charakter eines auf dessen Vortheil abzweckenden und zugleich dem allgemeinen Besten entsprechenden jus singulare. Daß die der Veräußerung angedrohte Nichtigkeit die Bedeutung eines Rechtsnachtheils für den Veräußerer hat, ist besonders einleuchtend bei dem die Veräußerung einer res litigiosa betreffenden Verbote, indem solche Veräußerung schon seit den 12 Tafeln nicht allein mit Nichtigkeit, sondern in gewissen Fällen auch mit Privatstrafen bedroht war. Veräußerungen der gedachten Art haben demnach mehr den Charakter von solchen unerlaubten Handlungen, die in Rücksicht auf das allgemeine Beste durch besondere Rechtsvorschrift verboten sind. In dieser Bedeutung können dieselben aber aus Gründen, die schon an einer andern Stelle angeführt sind, den unmöglichen Leistungen

nicht an die Seite gestellt werden.[13]) Aus diesen Gründen erscheint es denn auch bedenklich, die einem Vertrage beigefügte Bedingung, daß das demselben entgegenstehende Veräußerungsverbot wegfallen werde, für zulässig zu halten.

Die Grundsätze über die subjective Unmöglichkeit der Leistung werden von Vielen auch auf die Verpflichtungen zu Leistungen dritter Personen in Anwendung gebracht. Die Ungültigkeit eines Vertrages, der lediglich die Leistung eines Dritten zum Gegenstande hat, beruht aber, wie solches Mommsen a. a. O. S. 87 überzeugend dargethan hat, nicht auf einer aus dem Mangel der Dispositionsfähigkeit folgenden Unmöglichkeit der Leistung, sondern lediglich auf dem Mangel wesentlicher Voraussetzungen eines jeden obligatorischen Verhältnisses. Nicht die Dispositionsfähigkeit des Verpflichteten ist, wie viele Rechtslehrer annehmen[14]), ein wesentliches Erforderniß einer jeden Obligation, — man müßte sonst auch Verträge über eine res aliena für ungültig erklären —, wohl aber die Verpflichtung des Schuldners zu einer eigenen Handlung. So fordert namentlich Donell comment. XII, 19 § 1—4 zu der Gültigkeit einer jeden Obligation ein factum suum — de se promittere. Fehlt es an der Uebernahme einer solchen eigenen Verpflichtung, so kann von einem obligatorischen Verhältnisse, indem dasselbe nur Rechte und Verbindlichkeiten zwischen den betheiligten Personen begründen soll, überall nicht die Rede sein. In diesem Sinne sind zu verstehen l. 38 pr. § 1. l. 8 pr. de verb. oblig. 45, 1. l. 65 D. de fidejuss. 46, 1. § 3. 21 I. de inut. stip. 3, 19. Wie ein Versprechen ohne jene Voraussetzung unwirksam ist und weder auf Seiten des Promittenten, noch des von demselben in Bezug genommenen Dritten irgend welche Verpflichtungen erzeugt, so wird es — beim Vorhandensein aller sonstigen wesentlichen Erfordernisse — gültig und wirksam,

---

13) Ueberhaupt unterliegen die einzelnen Veräußerungsverbote keiner gleichmäßigen Beurtheilung; der Umfang und die Wirksamkeit derselben ist je nach den einzelnen Rechtsverhältnissen, auf welche sich dieselben beziehen, verschieden.

14) Buchta Pandecten § 256. Unterholzner Schuldverhältnisse I § 100 Thibaut Pandecten S. 158 ff.

wenn es die Uebernahme einer wenn auch noch so geringen eigenen Thätigkeit des Promittenten in sich begreift. Eine solche eigene Thätigkeit des Promittenten liegt z. B. in dem Versprechen: dafür sorgen zu wollen, daß die Leistung von Seiten eines Dritten erfolge, oder: diese Leistung des Dritten bewirken zu wollen; ein solches Versprechen, dessen Gegenstand eine cura schlechthin, beziehungsweise eine cura cum effectu bildet, muß deshalb unter den nöthigen sonstigen Voraussetzungen für bindend gehalten werden. Diese den Gegenstand des Vertrags bildende cura kann, wie soeben angedeutet wurde, unbestimmt versprochen werden, so daß sie nur die Vornahme irgend einer zur Bewirkung des facti alieni geeigneten Handlung in sich begreift, oder bestimmt, indem sie bis zur Herbeiführung des dabei beabsichtigten Erfolgs gesteigert werden, mithin die Garantie für den Eintritt dieses Erfolges in sich schließen soll. In diesem letzteren Sinne sind l. 18, 19 D. ratam rem 46, 8, l. 5 D. de duob. reis 45, 2 zu verstehen, obwohl sich in Ansehung der cautio ratam rem dominum habiturum und der cautio alium sisti die Uebernahme einer cura cum effectu (eines Garantieversprechens) schon aus dem Wortsinne und der Natur der Verhältnisse ergibt. Bestimmt und nach Geld schätzbar ist in der Regel nur das Versprechen einer cura cum effectu, indem die Handlung des Verpflichteten nicht allein durch die Bezugnahme auf den zu bewirkenden Erfolg genügend begränzt wird, sondern auch in dem zugesicherten Erfolge, dessen Ausbleiben in einem solchen Falle vom Promittenten vertreten werden muß, einen sicheren Haltpunkt für die etwaige Ermittelung ihres Geldwerthes bietet. Das Versprechen: sich alle Mühe geben zu wollen, daß die Leistung eines Dritten erfolge, (einer cura schlechthin) läßt die vom Promittenten übernommene Verpflichtung völlig unbestimmt und ist einer sicheren Werthschätzung nicht fähig. Maß und Qualität der versprochenen Handlungen sind in diesem Falle nicht näher begränzt; die unterbliebenen Handlungen, die sich schon an und für sich nicht auf einen bestimmten Geldwerth zurückführen lassen, können aber auch ohne den Nachweis, daß dieselben Erfolg gehabt haben würden, einen Maßstab für das Interesse des Berechtigten gar

nicht abgeben: die aufzuwendende Mühe, als Inbegriff verschiedener, auf einen bestimmten Zweck gerichteter Handlungen, hat an und für sich und unabhängig von dem dadurch herbeizuführenden Erfolge keinen Geldwerth für den Promissar. Demnach kann nur die Verpflichtung: effecturum curaturum se, ut Titius det vel faciat, d. h. es bewirken, dahin bringen zu wollen, daß ein Dritter etwas leiste, aber nicht das unbestimmte Versprechen: sich alle Mühe geben zu wollen, 2c. 2c. für wirksam gehalten werden. Ob nun ein Versprechen dahin geht: es bewirken, dahin bringen zu wollen, daß die fremde Handlung geschehe, ist eine, jedesmal nach den concreten Verhältnissen zu beurtheilende Interpretationsfrage. Uebrigens ist ein näheres Eingehen auf das Detail dieser Materie hier nicht an seinem Orte, da dieselbe mit der Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung nichts gemein hat, vielmehr in dem früher erwähnten allgemeinen Satze, daß die Verpflichtung des Schuldners zu einer eigenen Handlung wesentliches Erforderniß einer jeden Obligation ist, ihre Begründung findet.[15])

B. Nachfolgende Unmöglichkeit.

Die nachfolgende Unmöglichkeit beruht im Wesentlichen auf denselben Voraussetzungen, wie die sogleich vorhandene, nur steht dieselbe in einer gewissen Abhängigkeit von dem Verhalten des Schuldners in Beziehung auf die ihm durch das Contractsverhältniß auferlegten allgemeinen Verpflichtungen. Die Unmöglichkeit kann auch hier entweder in der Natur der Handlung an sich, oder in den besondern persönlichen Verhältnissen des Schuldners begründet sein. Die erste Art der Unmöglichkeit (die objective) läßt sich auch hier theils als eine natürliche oder physische, wenn dieselbe, wie z. B. der Tod eines lebenden Wesens, auf Naturgesetzen beruht, theils, wenn dieselbe

15) Damit fällt denn auch die von Glück Pand.-Comment. IV S. 208 ff. und anderen älteren Juristen aufgestellte Ansicht, daß die rechtliche Unmöglichkeit, Handlungen Dritter zuzusagen, als eine römische Spitzfindigkeit heutigen Tages keine Anwendung mehr finde. Auch wird diese letzte Behauptung durch die Praxis keineswegs bestätigt. Vgl. Leyser med. ad pand. spec. 521. med. 7 und 8.

auf ein rechtliches Hinderniß sich gründet, die versprochene Sache z. B. hinterher dem Verkehre entzogen wird, als eine rechtliche denken. Auch die subjective Unmöglichkeit kann hier in verschiedenen Erscheinungsformen hervortreten. Zunächst kann sich dieselbe nur auf die Person des Gläubigers oder Schuldners beziehen, wie z. B. der Tod des Verpflichteten oder Berechtigten, der Verlust gewisser persönlicher Eigenschaften, des Gesichts, Gehörs, der Gesundheit im Allgemeinen (Krankheit) u. dergl., letzteres insbesondere bei den in einer persönlicheu Thätigkeit bestehenden Leistungen. Diese rein persönlichen Behinderungsgründe finden regelmäßig nur Beachtung, wenn sie nicht bloß von vorübergehender Art sind, nicht vom Verpflichteten selbst verschuldet sind[16]), und entweder an und für sich eine Vertretung nicht zulassen oder dem Verpflichteten selbst die ihm solchenfalls schon contractlich obliegende Bestellung eines Vertreters unmöglich machten. Von einer Unmöglichkeit der Leistung kann demnach nicht schon die Rede sein, wenn ein Verkäufer durch ein hitziges Fieber oder eine ähnliche vorübergehende Krankheit an der persönlichen Uebergabe des verkauften Gegenstandes verhindert wird, wohl aber, wenn ein Portraitmaler vom schwarzen Staar befallen und dadurch außer Stand gesetzt wird, ein ihm übertragenes Portrait zu vollenden. — Von größerem Belang sind diejenigen Hinderungsgründe, welche das Verhältniß des Schuldners zu der zu leistenden Sache betreffen, und namentlich auf dem Verluste der factischen Herrschaft über diese beruhen, wie Diebstahl, Raub, gewaltsame Besitzentsetzung, Wegnahme durch den Feind und fuga servorum.[17]) Daß diese factischen Hindernisse eine wahre Unmöglichkeit der Leistung begründen, ist in den Quellen auf das Unzweideutigste ausgesprochen: rapina, furtum und fuga servorum werden sehr

16) Der Schuldner bleibt daher auch verpflichtet, wenn er die Behinderung vorhersah und keinen Vertreter bestellte: l. 23 pr. D. de usuris 22. 1.

17) Ueber Erbeutung durch den Feind und den Verkehr mit Sachen, die sich in Feindes Gewalt befinden, galten übrigens bei den Römern singuläre Sätze, die in Folge der veränderten völkerrechtlichen Verhältnisse bei uns keine Anwendung mehr finden. Mommsen a. a. O. S. 15 ff.

häufig in Verbindung mit den die Möglichkeit der Erfüllung ausschließenden objectiven Hindernissen, wie der mors, ruina, dem incendium aufgeführt und denselben in der Wirkung gleichgestellt. Letzteres ergibt sich aus Stellen, in welchen der Verlust von Sachen durch furtum und rapina geradezu als interitus rei bezeichnet wird (res furto, latrocinio perit)[18]), und aus verschiedenen andern Stellen, nach welchen das furtum, die fuga servorum, der latronum hostiumve incursus zu den Fällen einer vis major, eines casus, cui resisti non possit, gerechnet werden.[19]) Außerdem spricht hier für die Annahme einer Unmöglichkeit der Umstand, daß in verschiedenen Stellen die Verpflichtung des Schuldners zur Leistung eines Geldäquivalents lediglich von dem Vorhandensein einer demselben zur Last fallenden culpa abhängig gemacht wird.[20]) Nach den in den Quellen angeführten Analogien können als Gründe einer wahren Unmöglichkeit nur solche Ereignisse in Betracht kommen, durch welche die zur Vornahme der Leistung erforderliche factische Herrschaft über den versprochenen Gegenstand dauernd verloren geht, nicht aber solche, durch welche die Leistung desselben nur erschwert oder nur zur Zeit unmöglich gemacht wird. In dem letzteren Falle rechtfertigt sich nur die Annahme einer zeitweiligen Unmöglichkeit, durch welche das obligatorische Verhältniß nicht aufgehoben, sondern dessen Wirksamkeit bis zu erfolgter Wegräumung des demselben entgegenstehenden Hindernisses suspendirt wird. Ob das Eine oder Andere anzunehmen sei, ist als reine quaestio facti je nach den individuellen Verhältnissen zu beurtheilen; der schon für die quellenmäßigen Beispiele in Bezug genommene interitus rei muß den Maßstab dafür liefern. So z. B. wird man den

---

18) L. 6 C. de pign. act. 4. 24. l. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1. l. 14 § 1 D. de periculo et comm. 18. 6. l. 14 § 10. l. 53 § 3 D. de furtis 47. 2. l. 52 § 2 D. pro socio 17. 2. l. 9 D. de verb. sig. 50. 16 u. A.

19) L. 3 § 1 i. f. D. nautae 4. 9. l. 18 pr. D. commod. 13. 6. l. 1 § 4 i. f. D. de oblig. et act. 44. 7. l. 91 § 1 D. de verb. oblig. 45. 1.

20) L. 35 § 4 D. de contr. emt. 18. 1. l. 1 § 4 D. de oblig. et act. 44. 7. l. 5 § 2 i. f. de cond. caus. data causa non sec. 12. 4 u. A.

Verlust einer Sache durch Raub oder Diebstahl dem physischen Untergange derselben gleichstellen und also von einem furto latrocinio perire reden können, wenn die Sache in Folge solcher Ereignisse spurlos verschwindet, alle Nachforschungen nach dem Thäter oder der abhanden gekommenen Sache erfolglos bleiben, oder es selbst an Anhaltspunkten zu solchen Nachforschungen fehlt. Wenn aber der Dieb oder Räuber gleich nach der That ertappt und die gestohlene oder geraubte Sache noch unversehrt bei ihm vorgefunden wird, kann man schwerlich von einem dem Untergange der Sache gleichzuachtenden Verluste derselben sprechen, es bleiben dem Verpflichteten ja die auf die Sache sich beziehenden Klagen und folgeweise die factische Möglichkeit, durch deren Anstellung oder Cession das ihm entzogene Dispositionsrecht wieder zu erlangen, beziehungsweise seinem Gläubiger den Besitz der Sache zu verschaffen. Die l. 33 i. f. D. locati 19, 2 und l. 1 §§ 21, 22 D. depositi 16, 3, auf welche sich Mommsen a. a. O. S. 32 für's Gegentheil beruft, stehen der obigen Annahme nicht entgegen. Die erstgedachte Stelle scheint sich nur auf den Fall zu beziehen, daß der Pächter eines Grundstücks in dessen Benutzung zeitweilig durch fremde Gewalt, welche dessen Verpächter nicht abzuwehren im Stande war, gestört (sin vero ab eo interpellabitur), und diese Störung, welche nur eine Verbindlichkeit zur Remission am Pachtgelde zur Folge haben soll, später wieder beseitigt worden ist (ut mercedem, quam praestiterim, restituas, ejus scilicet temporis, quo fruitus non fuerim). Die zweite Stelle, welche den Depositar von seiner Restitutionsverbindlichkeit freispricht, wenn sich die deponirte Sache zur Zeit der Condemnation ohne sein Verschulden in einem verschlossenen horreum befindet, das derselbe nicht zu öffnen im Stande ist, kann ebenfalls nicht zur allgemeinen Norm dienen, weil die Verbindlichkeiten des Depositars zunächst nur in dem restituere der hinterlegten Sache bestehen, also schon der Natur der Sache nach wegen ihres rein factischen Gehalts durch die facultas restituendi wesentlich bedingt sind. Der gleiche Grund trifft zwar bei den übrigen Realcontracten, welche auf das restituere einer Sache gerichtet sind, nicht aber z. B. bei den Consensual-

contracten zu. Hiefür spricht denn auch das in jener Stelle angeführte fernere Beispiel, daß sich die hinterlegte Sache ohne Verschulden des Depositars an einem entfernten Orte (in der Provinz) befindet. Dieses Hinderniß kann zwar die Möglichkeit der factischen Rückgabe, wie sie beim Depositum in Betracht kommt, ausschließen, keineswegs aber z. B. beim Kaufcontracte eine Unmöglichkeit des tradere begründen. Dem Depositar, dem nur seine frühere nuda detentio zu statten kommt, fehlt es meistens an wirksamen Mitteln, Hindernisse jener Art zu beseitigen, dem Verkäufer, der regelmäßig dingliche Rechte an der Sache haben wird, aber nicht.

Die Regel, daß die Entziehung der factischen Herrschaft unter den nöthigen Voraussetzungen eine wirkliche Unmöglichkeit der Leistung begründet, ist eine allgemeine und durch das an der Sache vertragsmäßig zu übertragende Recht oder factische Verhältniß keineswegs bedingt. Nur bei Verträgen über fremde Sachen gilt der aus früher entwickelten Sätzen und der Lehre von der Evictionsleistung sich ergebende Satz, daß dieselben selbst dann ihre Gültigkeit behalten (die Leistung als möglich zu betrachten ist), wenn die Entziehung der factischen Disposition in der Geltendmachung des einem Dritten zustehenden Eigenthumsrechts ihren Grund hat, die Sache also evincirt wird; und daß ein Wechsel in der Person des dritten Berechtigten — Eigenthums- und selbst Besitzesübertragungen unter Dritten — das Fortbestehen der in solchem Falle anzunehmenden Möglichkeit der Leistung nicht ausschließt. Erst der wirkliche Untergang der Sache und die demselben gleichzuachtenden Ereignisse, von welchen jene in den Händen des dritten Berechtigten betroffen werden, haben Unmöglichkeit der Leistungen zur Folge.[21])

Zweifelhafter ist die Frage: ob eine Unmöglichkeit der Leistung auch dann anzunehmen ist, wenn das rechtliche Verhält-

21) L. 30. 47 § 2. 4 D. de leg. I (30). l. 51. 91 § 1 D. de verb. oblig. 45. 1. l. 98 § 8. l. 92 D. de solut. 46. 3. Manumission eines Sclaven durch den Eigenthümer, Auflösung eines Schiffes in dessen ursprüngliche Theile, Flucht eines Sclaven aus dem Gewahrsam des Eigenthümers.

niß, in welchem der Schuldner zur Sache stand, aufgehoben wird. Die bejahende Meinung Mommsen's,[22]) welche derselbe mit den Beispielen der l. 33 D. locati 19, 2, l. 13 § 17 D. de act. emt. 19, 1 und l. 7 § 13 D. comm. div. 10, 3 (Confiscation und Eigenthumsverlust in Folge eines Theilungsprocesses) zu begründen sucht, dürfte nicht ganz unbedenklich sein. Die l. 33 cit. läßt nicht ersehen, ob in dem angeführten Falle einer Confiscation nicht auch bereits die Entziehung der factischen Disposition über den confiscirten fundus erfolgt ist. Nach dem ganzen Zusammenhange ist das letztere wahrscheinlich. Auch scheint es bedenklich, die singuläre Bestimmung von der Confiscation, welche letztere als eine vis major bezeichnet wird — und zwar weil sie auch den Verlust der factischen Herrschaft mit Sicherheit zur Folge haben wird — zur Consequenz zu ziehen. Die andern Stellen beziehen sich auf den Fall, wenn ich mein Miteigenthum an einer gemeinschaftlichen Sache verkaufe, und vor der Erfüllung die mir zustehende Quote in Folge eines gegen mich erhobenen Theilungsprocesses dem Kläger adjudicirt wird. Ob hier die mildere Behandlung des Verkäufers lediglich in dem unverschuldeten Eigenthumsverluste, oder nicht vielmehr schon in dem Inhalte des Vertrags, insofern letzterer über etwas Ungewisses (ein der Theilung unterworfenes Object) abgeschlossen ist,[23]) ihren Grund hat, muß dahin gestellt bleiben. Jedenfalls enthalten beide Fälle singuläre Ausnahmen von der strengen Haftverbindlichkeit des evictionspflichtigen Schuldners und erkennen damit, selbst wenn sie diese Evictionspflicht in ungewöhnlicher Weise mildern, das Fortbestehen der beiderseitigen Contractsverbindlichkeiten stillschweigend an. Die Verbindlichkeit zur Evictionsleistung ist schon an und für sich Ausfluß eines contractlichen Verhältnisses, die in jenen Stellen enthaltene Anerkennung einer solchen mithin ein deutlicher Beweis, daß in den bezeichneten Fällen eine Unmöglichkeit der Leistung nicht anzunehmen ist. Noch bedenk-

22) Oblig. R. I S. 37 ff.

23) Aehnlich wie bei Rechten, die am revocabelen Eigenthume bestellt sind.

licher muß es erscheinen, eine Unmöglichkeit der Leistung schon im Falle der freiwilligen Veräußerung des dem Schuldner zustehenden Rechts an der Sache anzunehmen. Da sich in den Quellen keine bestimmten Entscheidungen hierüber finden (es erklärt sich dies daraus, daß eine solche Rechtsübertragung ohne gleichzeitige Uebertragung der factischen Herrschaft abgesehen von der Adjudication und dem Legate eigener Sachen nicht leicht vorkommen kann, wie denn z. B. der Rechtsübergang beim Kaufe mit der Uebertragung der factischen Herrschaft zusammenfällt — Tradition): so liegt es jedenfalls sehr nahe, die für die sogleich vorhandene Unmöglichkeit bestehenden entsprechenden Sätze hier analog zur Anwendung zu bringen und demnach im Falle des Rechtsverlustes auf Seiten des verpflichteten Schuldners eine Unmöglichkeit der Leistung nicht anzunehmen. Dafür spricht namentlich der schon früher erwähnte Grund, daß es für die Begründung der meisten Rechtsverhältnisse auf Uebertragung des Rechts, wenn nur die factische Disposition, das habere licere, tenere, possidere gewährt wird, nicht ankommt. Praktische Bedeutung kann der obigen Frage überall nicht beigelegt werden, weil die Rechtsübertragung, welche in den meisten Fällen durch die Uebertragung des Besitzes (Tradition) vermittelt werden muß, unabhängig von der letzteren in Contractsverhältnissen eben nicht vorkommen wird, und weil solche freiwillige Veräußerungen unabhängig von einem dem Schuldner zur Last fallenden, die Unmöglichkeit der Leistung ausschließenden Verschulden kaum gedacht werden können.

In Beziehung auf bestehende Contractsverhältnisse ist die eintretende Unmöglichkeit der Leistung nur dann von Einfluß auf den obligatorischen Bestand, wenn dieselbe nicht in einer contractswidrigen Handlung des einen oder andern Contrahenten ihren Grund hat. Die Eingehung eines Vertrags begründet unter den betreffenden Paciscenten ein besonderes Vertrauensverhältniß und verpflichtet dieselben nicht allein, nach Kräften auf die allenthalbige Erfüllung des Vertrags und die bestmögliche Erreichung der beiderseitigen Vertragszwecke hinzuwirken, sondern auch Alles zu unterlassen und nach bester Möglichkeit abzuwenden, was der Erreichung solcher Zwecke hindernd ent-

gegentreten könnte. Dieses contractgemäße Verhalten, das je nach der Natur des einzelnen Contractsverhältnisses einer strengeren oder milderen Beurtheilung unterliegt (Haften für dolus und lata culpa, für omnis culpa), ist als ein im Wesen der bonae fidei Contracte begründetes unerläßliches Gebot zu betrachten. Schon die Verletzung dieses allgemeinen Gebotes an und für sich ist in dem Falle, daß dadurch die Erfüllung ganz oder theilweise vereitelt werden sollte, die Quelle neuer, zum Theil gesteigerter Vertragsverbindlichkeiten, wie dies aus den bekannten Grundsätzen über dolus und culpa und der Lehre vom Interesse sich ergibt. Die Unmöglichkeit der Leistung ist demnach in dem Falle, daß dieselbe in einem contractswidrigen Verhalten des einen oder andern Contrahenten ihren Grund hat, auf den obligatorischen Bestand ohne Einfluß. Sie hat hier im Verhältnisse zu jenem subjectiven Verschulden nur die Bedeutung eines durch dasselbe hervorgerufenen schädigenden Ereignisses. Die Unmöglichkeit der Leistung ist in einem solchen Falle von dem betheiligten Contrahenten, als Folge eines demselben zu imputirenden contractswidrigen Verhaltens zu vertreten; das obligatorische Verhältniß wird mithin nicht allein perpetuirt, ja es kann in Beziehung auf seinen objectiven Bestand noch an Ausdehnung gewinnen. Anders, wenn die Unmöglichkeit der Leistung einer Verletzung bestehender Contractsverbindlichkeiten nicht zugeschrieben werden kann. Hier, wo die Unmöglichkeit der Leistung als selbständig wirksames Moment in Betracht kommt, wirkt dieselbe aufhebend und mindernd auf den obligatorischen Bestand ein. Wie Obligationen, welche unmögliche Handlungen zum Gegenstande haben sollen, von Anfang an keine Geltung haben, ebenso erlöschen bereits bestehende Obligationen in Folge hinzugetretener Unmöglichkeit der Leistung. Bei partieller Unmöglichkeit mindert sich der obligatorische Bestand im proportionalen Verhältnisse, so daß eine quantitativ oder qualitativ unmöglich gewordene Leistung — z. B. in Folge theilweisen Untergangs des Objects, Deterioration — nur noch in dem Maße, wie sie möglich ist, geschuldet wird. Es ist also lediglich die durch Zufall (casus) herbeigeführte Unmöglichkeit, welche auf bestehende Contractsverhält-

niſſe aufhebend oder mindernd einwirkt; und eben dieſen Satz, daß der unverſchuldeten Unmöglichkeit der Leiſtung an und für ſich jene Wirkung zukommt, drückt die von Ulpian in l. 23 D. de reg. jur. 50, 17 angeführte Regel aus:

casus a nullo praestantur.

Der Begriff des casus ergibt ſich aber aus dem größeren oder geringeren Vertrauen, welche das einzelne contractliche Verhältniß vorausſetzt. Iſt dieſes Vertrauensverhältniß ein intimeres und engeres und folgeweiſe auch der Maßſtab, nach welchem das contractgemäße Verhalten der Contrahenten beurtheilt wird, ein genauerer und ſtrengerer, ſo werden dadurch auch dem casus engere Grenzen gezogen, — Haften für omnis culpa —; wie im entgegengeſetzten Falle, wenn das contractliche Band ein laxeres iſt und das contractliche Verhalten der Paciscenten nach einem weniger genauen Maßſtabe bemeſſen wird (Haften für dolus und lata culpa) der Begriff des casus ſich entſprechend erweitert. Es iſt demnach lediglich der casus in ſeiner gegenſätzlichen Beziehung zu den einzelnen individualiſirten Gradationen der culpa, der als Vorbedingung einer auf den obligatoriſchen Beſtand einwirkenden Unmöglichkeit der Leiſtung in Betracht kommt; ſo daß man ſchlechthin den Satz aufſtellen kann: Nur diejenige Unmöglichkeit der Leiſtung wirkt aufhebend und reſp. mindernd auf den obligatoriſchen Beſtand, welche in einem contractwidrigen Verhalten nicht ihren Grund hat.[24])

In der Bedeutung eines ſolchen, ohne alle directe oder indirecte Mitwirkung des Schuldners eingetretenen Ereigniſſes wird der casus in den Quellen nicht ſelten[25]) der culpa gegenüber geſtellt. Die durch casus veranlaßte Unmöglichkeit

24) Ueber die Ausnahmen, welche dieſer Satz erleidet, concursus causarum lucrativarum, mora, litiscontestatio, Vertrag vgl. Mommſen a. a. O. § 22 ff. S. 252 ff.

25) L. 11. l. 32 pr. D. de neg. gest. 3. 5. l. 1 § 35 D. depositi 16. 3. l. 9 § 3 D. locati 19. 2. l. 11 C. de cond. ob. caus. dat. 14. 6. Unbeſtimmter iſt der Ausdruck „periculum". Dieſer ſehr häufig in der Bedeutung von „Riſico" oder „Gefahr" vorkommende Ausdruck wird promiscue zur Bezeichnung verſchuldeter und unverſchuldeter Ereigniſſe gebraucht.

kann zu einer vollständigen Befreiung des Schuldners aber nur dann führen, wenn sie eine dauernde ist (l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45, 1, l. 98 D. de solut. 46, 3). Eine zeitweilige Unmöglichkeit hat hier, wie bei der sogleich vorhandenen, nur die Hinausschiebung des obligatorischen Verhältnisses, also die einstwillige Befreiung des Schuldners zur Folge, so daß also dem Gläubiger ein Anspruch auf Entschädigung wegen der verzögerten Erfüllung nicht zusteht. Ausnahmsweise tritt die vollständige Befreiung des Schuldners ein, wenn der das Contractsverhältniß beherrschende Willen der Contrahenten die zeitweilig unmögliche Leistung an eine bestimmte Frist gebunden hatte und bei Ablauf der letzteren die Möglichkeit der Leistung noch nicht wieder hergestellt war.

In seiner Anwendung auf die einzelnen Verträge erleidet der obige Satz, daß die ohne Verschulden des Debitors eintretende Unmöglichkeit der Leistung von der Verpflichtung befreie, einzelne Modificationen, die, als den betreffenden speciellen Vertragslehren angehörend, hier nur einer summarischen Betrachtung unterzogen werden sollen. Am vollständigsten tritt jene aufhebende Wirkung der Unmöglichkeit bei denjenigen Verträgen hervor, welche, wie das Commodat, Depositum, pignus, Constitutum, Mandat, die Stipulation u. s. w., nur einseitige Verpflichtungen unter den Contrahenten erzeugen. Während bei zweiseitigen Verträgen jeder Theil schon mit dem Contractsabschlusse Gläubiger und Schuldner wird, erscheint bei den genannten einseitigen Verträgen nur jedesmal Einer der Contrahenten als Gläubiger und der Andere als Schuldner. So ist z. B. beim Commodat, Depositum, pignus der Klaganspruch nur auf Rückgabe der verliehenen, hinterlegten und verpfändeten Sache beschränkt, die den betreffenden Gläubigern, dem Commodanten, Deponenten, Verpfänder zustehende actio auch lediglich nur auf die Sicherung dieses Erfolgs der Rückgabe berechnet. Das Essentiale dieser Verträge besteht demnach lediglich in der Begründung einer Verpflichtung zur Restitution. Daß ein solcher Vertrag auch die Quelle von Gegenverbindlichkeiten werden und aus diesem Grunde eine actio contraria zur Folge haben kann, ändert an der eigentlichen Bedeutung

und dem obligatorischen Bestande solcher Verträge nichts. Diese Gegenverbindlichkeiten sind nicht im Wesen des Vertrags begründet und stehen zu der principalen obligatorischen Verpflichtung nicht in dem Verhältnisse einer Leistung zur Gegenleistung. Die actiones contrariae sind nicht schon mit dem Contractsverhältnisse an und für sich gegeben, sie beruhen nicht auf dem Grundsatze der Reciprocität, sie sind vielmehr Billigkeitsklagen, die ein schon bestehendes Contractsverhältniß jener Art voraussetzen und zu ihrer jeweiligen Begründung einer besonderen — nach den Grundsätzen der bona fides zu berücksichtigenden — Veranlassung bedürfen. Betrachten wir demnach jene einseitige Verpflichtung zur Restitution als den wesentlichen Inhalt des Commodats, Depositums ꝛc., so kann es nicht befremden, daß in Fällen unverschuldeter Unmöglichkeit der Leistung zwar jene Verbindlichkeit zur Restitution, nicht aber ohne Weiteres auch alle mit jener Verbindlichkeit im Zusammenhange stehenden — jedoch nicht damit correspondirenden — Gegenansprüche als erloschen betrachtet werden.[26]) Der Annahme einer fingirten Erfüllung, für den Fall des Fortbestehens jener selbständigen, von der Unmöglichkeit der Leistung nicht betroffenen Billigkeitsklage, bedarf es demnach nicht.[27]) Anders gestaltet sich die Sache bei zweiseitigen Verträgen, bei denen Leistung und Gegenleistung in synallagmatischer Beziehung zu einander stehen. Daß der betreffende Schuldner von der ihm casuell unmöglich gewordenen Leistung seinerseits liberirt wird, gilt auch hier; nur darin, ob und inwieweit bei casueller Unmöglichkeit der Hauptverbindlichkeit auch die Verpflichtung zu der entsprechenden Gegenleistung aufgehoben oder gemindert, also vice versa auch das Gläubigerverhältniß des seinerseits liberirten Schuldners von der Unmöglichkeit betroffen werde, fehlt es an einer gleichmäßigen Behandlung der Bilateralcontracte. Am vollständigsten tritt jene aufhebende Wirkung der casuellen Unmöglichkeit

26) L. 10 § 1. l. 22 D. de neg. gest. 3. 5. l. 18 § 4 D. commodati 13. 6. l. 8 pr. D. de pign. act. 13. 7. l. 4 D. de impensis 25. 1.

27) Auf fingirte Erfüllung wird jener Satz gegründet von Koch, Recht der Forderung. I S. 192 ff. II. § 107. Note 12 und von Fuchs im civil. Archiv XXXIV. S. 115 ff.

bei der Sachenmiethe ein. Bei diesem Vertrage, von welchem der Satz gilt, daß das Miethgeld nur insoweit verlangt werden kann, als das uti frui in Beziehung auf die vermiethete Sache gewährt worden ist, wird in Folge casueller Unmöglichkeit der Hauptverbindlichkeit auch die damit correspondirende Gegenverpflichtung des Miethers aufgehoben, beziehungsweise gemindert. Diese Behandlung der Sache erklärt sich aus dem strengeren Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem bei diesem zweiseitigen Vertrage die Verbindlichkeiten des Miethers zu denen des Vermiethers stehen. Der Miethvertrag, bei welchem, wie bei den übrigen Bilateralcontracten, jeder Theil Gläubiger und zugleich Schuldner ist (der Vermiether ist z. B. Gläubiger in Ansehung des Miethgeldes, Schuldner in Ansehung der Gebrauchsüberlassung), verpflichtet nämlich den Miether erst dann zur Erfüllung seiner Contractsverbindlichkeiten, also namentlich zur Zahlung des Miethgeldes, wenn zuvor der Vermiether den ihm obliegenden Verpflichtungen genügt hat. Es bildet demnach die Sachenmiethe gewissermaßen den Uebergang von den einseitigen Verträgen zu den strengen Bilateralcontracten. Die synallagmatische Beziehung der bei der Sachenmiethe concurrirenden Verbindlichkeiten besteht also besonders darin, daß diejenige Verbindlichkeit, bei welcher der Miether Gläubiger wird (die Gebrauchsüberlassung) als die principale und zuerst zu erfüllende, die Gegenverbindlichkeit des Miethers aber als eine von der Leistung des Vermiethers abhängige, später zu erfüllende betrachtet wird. Diese Abhängigkeit erklärt sich wohl am einfachsten daher, daß das Miethgeld im Grunde nur als eine vertragsmäßig festgestellte Entschädigung für die mit der Benutzung der Sache coincidirende Gebrauchsentziehung anzusehen ist. Bei dem Kaufcontracte dagegen gilt der Grundsatz vollständiger Parität der dabei concurrirenden Verpflichtungen. Die Verbindlichkeit zur Zahlung des Kaufpreises steht der Verbindlichkeit des Käufers zum **tradere** und zur Gewährung des **habere licere** an Wichtigkeit und Bedeutung vollständig gleich. Jeder der beiden Contrahenten kann sogleich nach abgeschlossenem Vertrage zur Leistung angehalten werden; für einen jeden derselben ist die betreffende Forderung zu gleicher Zeit begründet

und fällig. Der Kauf ist gewissermaßen die regelmäßige Form unter den zweiseitigen Verträgen. Die bona fides würde es nun allerdings mit sich bringen, daß mit dem casuellen Unmöglichwerden der einen Leistung auch die damit in synallagmatischer Beziehung stehende Gegenleistung als aufgehoben betrachtet werden müßte. Dieser Satz ist auch an und für sich völlig zweifellos, wie solches aus verschiedenen ganz gleichen Billigkeitssätzen (daß z. B. die Erfüllung regelmäßig Zug um Zug geschehen muß, daß kein Theil Anspruch auf die Gegenleistung hat, bevor nicht seinerseits der Contract erfüllt ist) auf das Unzweideutigste hervorgeht. Jener Satz verliert indessen insofern alle praktische Bedeutung, als beim Kaufcontracte, soweit dabei die Verbindlichkeiten des Verkäufers in Frage kommen, ein Schweben des Contracts überall nicht eintreten kann: zur Vermeidung von Unbilligkeiten soll nämlich fingirt werden, als habe der Käufer die ihm obliegenden Vertragsverbindlichkeiten sofort mit der Perfection des Vertrags erfüllt.[28]) In vielen Stellen wird dies so ausgedrückt, daß sofort mit dem Abschlusse des Vertrags das periculum der verkauften Sache auf den Käufer übergehe.[29]) Diese Bestimmung ist offenbar ein Billigkeitssatz, dem die Erwägung zum Grunde liegt, daß der Käufer selbst ohne sein Zuthun durch die erkaufte, noch nicht tradirte Sache gewinnen kann, z. B. durch Alluvion, Fruchtziehung ꝛc., und daß es demnach billig und consequent erscheine, daß der Käufer dieselbe Stellung zu der verkauften Sache auch für den entgegengesetzten Fall — des totalen oder particllen Untergangs derselben — einnehme. Es ergibt sich hieraus die bekannte Regel, daß der Verkäufer durch das casuelle Unmöglichwerden der Leistung nicht nur von jeder Haftverbindlichkeit befreiet wird, sondern auch den Kaufpreis und etwaige Verwendungen, welche er auf die Sache gemacht hat, vom Käufer

28) L. 5 § 2 D. de rescind. vend. 18. 5. l. 14. l. 15 D. de jure dotium 23. 3.

29) L. 62 § 2 D. de contr. emt. 18. 1. l. 2 § 1 D. de in diem 18. 2. l. 1 pr. l. 4 § 1. l. 7 pr. l. 8 pr. l. 16 D. de periculo 18. 6. l. 39 f. D. de solut. 46. 3. l. 14 pr. D. de furtis 47. 2. l. 1. 2 C. de periculo et comm. 4. 48.

verlangen kann. Die Innominatcontracte, die nach heutigem Recht gleich den Consensualcontracten schon durch den Consens bindend und klagbar werden, sind rücksichtlich der obigen Frage ganz nach den Grundsätzen des Kaufs und der Sachenmiethe zu beurtheilen. Stehen die dabei con.urrirenden Verbindlichkeiten im strengen Paritätsverhältnisse zu einander, wie z. B. beim Tausche, so kommen die Grundsätze des Kaufs, stehen dieselben schon der Natur der Sache nach in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnisse zu einander — Gebrauchsüberlassung, bei welcher die Gegenleistung nicht in baarem Gelde erfolgen soll, — so kommen die Grundsätze von der Sachenmiethe analog zur Anwendung. Eine ähnliche Abhängigkeit und Aufeinanderfolge der Leistungen, wie bei der Sachenmiethe, findet sich auch bei der locatio conductio operarum; die Dienstleistung, welche bei dem Contractsverhältnisse das vorwiegende Element ist, erfüllt gewöhnlich einen längeren Zeitraum und muß schon aus Rücksichten der Billigkeit, wenn nicht der locator gewissermaßen rem und pretium zugleich haben und auf diese Weise vortheilhafter gestellt sein soll, als der conductor, der Entrichtung der Gegenleistung vorangehen. Hier, wo es außerdem an einem hinreichenden Grunde zu einer Ausnahmsbestimmung fehlt (denn bei Dienstleistungen kann von einem auf die Verpflichtung zur Uebernahme des periculum einwirkenden commodum rei nicht die Rede sein), können Billigkeit und bona fides, welche es mit sich bringen, daß bei casueller Unmöglichkeit der Hauptleistung regelmäßig auch die davon abhängige Gegenleistung aufgehoben und beziehungsweise verhältnißmäßig gemindert wird, im weitesten Umfange Berücksichtigung finden. Ob die casuelle Unmöglichkeit der Leistung auch die Verpflichtung zur Gegenleistung aufhebe oder mindere, muß demnach vorzugsweise aus den charakteristischen Eigenthümlichkeiten der einzelnen Verträge sich ergeben; es wird deshalb diese Frage auch regelmäßig in der Lehre von den einzelnen Verträgen abgehandelt. Für die Darstellung der Unmöglichkeit der Leistung im Ganzen genügt es, wenn wir uns auf die aus dem Obigen sich ergebende Regel beschränken: daß bei Bilateralcontracten vor Allem nur derjenige selbständige Obligationen-

theil von der caſuellen Unmöglichkeit der Leiſtung wirkſam betroffen werde, deſſen Erfüllung durch den Eintritt eines ſolchen Ereigniſſes vereitelt wird, und daß die fernere Frage: ob nun auch mittelbar die mit der unmöglich gewordenen Verpflichtung correſpondirende Gegenobligation aufgehoben und beziehungsweiſe gemindert werde, nicht in die Lehre von der Unmöglichkeit der Leiſtung gehört, ſondern nach den allgemeinen Grundſätzen über Billigkeit und bona fides und deren Einfluß auf das einzelne Contractsverhältniß zu beurtheilen iſt. Solche Billigkeitsrückſichten bringen es nun allerdings mit ſich, daß mit dem Unmöglichwerden der Hauptleiſtung auch die ſich darauf beziehende Gegenleiſtung aufgehoben oder gemindert wird. Unbeſchränkte Anwendung findet dieſe allgemeine Billigkeitsregel indeß nur bei denjenigen Bilateralcontracten, bei denen die eine Leiſtung in einem gewiſſen Abhängigkeitsverhältniſſe von der anderen ſteht, und bei denen ſelbſt eine theilweiſe Erfüllung noch immer ein Vermögensintereſſe für den betreffenden Empfänger hat. In Beziehung auf die übrigen Verträge, bei denen Leiſtung und Gegenleiſtung mehr im Verhältniſſe ſtrenger Parität zu einander ſtehen, erleidet der obige Satz eine aus der Natur und den Eigenthümlichkeiten dieſer Verträge ſich ergebende Ausnahme, deren Begründung, als eine dieſen Verträgen zukommende Singularität, in die betreffenden ſpeciellen Vertragslehren gehört.

XV.

Die neueſten deutſchen Geſetzgebungen über eventuelle Eideszuſchiebung und Gewiſſensvertretung.

Von Herrn **J. P. Buſch**,
Appellationsgerichtsvicepräſidenten a. D.

Beide Materien ſind in dieſem Archive vielfach, unter andern auch von mir beſprochen worden, und es fragt ſich, nach